

공정거래법상 전속고발권 및 고발면제권에 관한 고찰

A Study on the Exclusive Right to Complaint and the Exemption Leniency in the Fair Trade Act

김 세 환(Kim, Se Hwan)*

ABSTRACT

The exclusive right to complaint of the Fair Trade Commission is that it has right to accuse exclusively to clear unfair common practices of transaction and to establish fair trade order in the area of competitive laws.

The complaint of the Fair Trade Commission is one of the prerequisite prosecution, that is to say, it is an crime subject to victim's complaint.

This Paper deals how to interpret the inconsistent problem between the mandatory complaint of the article 71 of the Fair Trade Act and the exemption leniency of 2 of the article 22 of the Fair Trade Act in big dispute.

This problem is caused from negative complaint by the Fair Trade Commission in part. But now the Fair Trade Commission should complaint to the prosecution according to the Request of Complaint, introduced in 2013 and 2017, by the Public Prosecutor General, the Chairman of the Board of Audit and Inspection, the Director of Office of Supply and the Head of the Small and Medium Business Administration.

This paper tries to prove that the problem about the interpretation between the mandatory complaint of the article 71 and the exemption leniency of 2 of the article 22 would be solved through the comparative law study, this law's history and the intent of this law and the Binding Nature of the Verdicts by Constitutional Court.

Key words: The Fair Trade Commission, Exclusive Right of Complaint, Exemption Leniency Applicant, the Request of Complaint, Mandatory Complaint System, Binding Nature of the Verdicts

* 영남대학교 기초교육대학 천마인재학부 교책객원교수

I. 서

공정거래위원회(이하 ‘공정위’라 한다)의 전속고발권이란 불공정한 거래관행을 일소하여 공정한 거래질서를 확립하기 위하여 제정된 경쟁법 분야 즉 ‘독점규제 및 공정거래에 관한 법률’(이하 ‘공정거래법’이라 한다), ‘하도급거래 공정화에 관한 법률’(이하 ‘하도급법’이라 한다), ‘가맹사업거래의 공정화에 관한 법률’(이하 ‘가맹사업법’이라 한다), ‘대규모유통업에서의 거래 공정화에 관한 법률’(이하 ‘대규모유통업법’이라 한다), ‘대리점거래의 공정화에 관한 법률’(이하 ‘대리점법’이라 한다), ‘표시·광고의 공정화에 관한 법률’(이하 ‘표시광고법’이라 한다) 등에서 소관법률 위반행위에 대한 고발권을 공정위가 독점하도록 하는 것을 말한다.¹⁾ 이는 공정위의 고발권을 형사소추요건의 하나(친고죄)로 한다는 것을 의미하며, 이러한 소송요건의 흠결(공정위의 고발 없는)시에는 법원은 공소기각판결을 하여야 한다.

이러한 공정위의 전속고발권 중에서 현재 논의되고 있는 부분 중 가장 논쟁점이 큰 부분은 아마도 전속고발권 자체의 문제와 자진신고자 등에 대한 고발면제와 고발요청에 따른 고발권 행사의무의 존부에 관한 문제일 것이다. 이 중 공정위의 전속고발권 문제는 전속고발권 유지와 폐지에 대한 논의가 그 주를 이루며, 고발요청권 등에 대한 문제는 고도화되고 치밀화되어가는 담합의 실체를 파악하고 이에 대처하기 위해서는 담합 내부에서의 자진신고가 없으면 사실상 이를 밝혀내기가 매우 어려운 점을 고려하여 공정위가 자진신고자에 대해 과징금을 감면 또는 면제해줄 수 있을 뿐만 아니라 이에서 더 나아가 독자적으로 판단하여 형사처벌의 면제까지 공정위가 해줄 수 있는 권한이 있는지에 대한 논의이다.²⁾

사실 공정위의 전속고발권에 관한 문제는 어제 오늘의 문제가 아니라 아주 오래전부터 논의되어 온 문제인데, 이는 공정위가 소극적으로 고발권을 행사하지 않아 초래된 측면이 많다고 볼 수 있다.³⁾ 이러한 공정위의 소극적인 고발권 불행사의 대표적인 예로서는 2012

1) 구체적으로는 공정거래법 제71조, 하도급법 제32조, 대규모유통업법 제42조, 가맹사업법 제44조, 대리점법 제33조, 표시광고법 제16조 제3항에서 규정하고 있다.

2) 얼마전 공정거래법 제55조의 위헌성을 제기하는 헌법소원심판이 청구되었다. 청구인의 주장은 현재 공정거래법 제55조에는 공정위 처분의 불복의 소의 전속관할로는 서울행정법원이 아니라 서울고등법원으로 되어 있는데, 이렇게 되면 3심제로 운영되는 다른 일반 행정소송과는 달리 공정위 처분에 대한 불복의 소는 결국 2심제로 운영되게 된다는 것이다. 일본의 경우 2013년 법률 개정을 통해 전속관할을 동경고등재판소에서 동경지방법판소로 변경한 점도 근거로 들었다.

그러나 이는 위헌법률심판제청을 기각한 당해법원의 의견과 같이 “심급제도는 한정된 법 발견자원의 합리적인 분배 문제인 동시에 재판의 적정과 신속이라는 서로 상반되는 두가지 요청을 어떻게 조화시키느냐의 문제로 돌아가므로, 원칙적으로 입법자의 형성 자유에 속하는 사항”이기 때문에 이 사건의 결과는 합헌이 될 것이라고 사료된다. 이렇게 해석하는 것이 기존 헌법재판소의 견해이기도 하며, 입법자에게 법원 심급에 대한 재량권을 부여한 “법원은 최고법원인 대법원과 각급법원으로 조직된다”고 하는 우리 헌법 제101조 제2항의 태도와도 합치한다.

3) 제19대국회에서는 검찰총장, 감사원장, 중소기업청장, 조달청장이 공정위에 고발을 요청하는 경우에 공정거래위원회장은 의무적으로 고발을 해야하는 의무고발제를 도입(2013. 7. 16)하였음에도 불구하고,

년 MB정부 당시 4대강 건설을 담당한 8개 건설회사가 담합을 통해 서로 나눠먹기식 입찰을 하고 공사를 진행하여 국고에 막대한 손해를 끼쳤다는 사실이 드러났음에도 불구하고 8개 건설회사에 대한 형사처벌은 면제한 채 1,115억원의 과징금 부과에만 그친 사례에서도 잘 드러나고 있다. 사실 국가 경제 및 환경에 끼친 산정할 수 없는 피해에 비하면 이러한 공정위의 처사는 쉽게 납득이 되지 않는 면도 있다.

이러한 고발권 불행사에 대한 비판으로 제19대국회 때인 2013년에는 검찰총장, 감사원장, 중소기업청장, 조달청장이 공정위에 고발을 요청하는 경우에 공정거래위원장은 의무적으로 고발을 해야하는 의무고발제를 도입하였다. 그러나 이러한 제도개선에도 불구하고 4대 기관의 고발요청권과 공정위의 고발권 행사가 크게 활성화되지 못하자 제20대국회에 들어와서도 다시금 공정위의 전속고발제를 폐지하고자 하는 움직임이 있어왔고, 2017년 대선주자들은 하나같이 공정위 전속고발권을 폐지할 것이라는 선거공약을 내걸었던 것이다.

한편 공정위의 전속고발권 행사에 대해 비판에 대처하고자 공정위는 2017년 공정위 자체에서 ‘법집행체계개선 TF’를 결성하여 전속고발제를 위시한 공정거래 관련 법집행체계 혁신을 위해 논의한 결과 2018년 2월 22일 이에 대한 최종결과보고서를 발표하였다.⁴⁾

이하에서는 이러한 논의의 배경 하에 공정한 거래질서를 확립하고 사경제부문에서의 부정과 부패(특히 담합으로 이루어지는 민관의 거래분야에서 심한)를 막고자 도입한 공정위의 전속고발권에 대한 문제와 관련하여 최근에 발표된 공정거래위원회의 ‘법집행체계개선 TF’의 최종결과보고서가 담고 있는 전속고발권을 포함한 제도의 개선방안에 대해서 먼저 살펴보고 난 후 이어서 전속고발권 자체의 존폐여부에 대한 논의 및 자진신고자 등에 대한 고발면제와 고발요청에 따른 고발권 행사의무의 존부에 대한 문제점에 대해서 살펴본 후 이러한 제도가 가지고 있는 장단점을 파악하여 향후 입법개선의 여지가 있으면 이에 대한 개선방안을 제시해보고자 한다.

II. 공정거래위원회 전속고발권 제도개선 논의과정

공정거래위원회는 그 동안 불공정한 거래관행을 개선하고 공정거래분야에서의 경제민주화를 달성하기 위한 공정거래 관련 법집행체계 혁신을 위해 별도의 법집행체계개선 TF를 2017년 8월경 구성하여 그간 논의한 바에 대한 최종결과보고서를 2018년 2월 22일 발표하

동 제도가 크게 활성화되지 못하여 제20대국회에 들어와서도 다시금 공정위의 전속고발제를 폐지하고자 하는 움직임이 있어왔다. 이러한 움직임에 발맞추어 2017년 공정위 자체에서 ‘법집행체계개선 TF’를 결성하여 전속고발제의 개선방안에 대해 2018년 2월 22일 이에 대한 최종결과보고서를 발표한 바 있다. 동 내용에 대해서는 후술하는 II. 공정거래위원회 전속고발권 제도개선 논의과정을 참고할 것.

4) 동 내용에 대해서는 후술하는 II. 공정거래위원회 전속고발권 제도개선 논의과정을 참고할 것.

였다. 동 TF에서 수행한 연구과제는 모두 11개 과제였는데 이를 살펴보면 먼저, 행정분야에서는 ① 지자체와 조사업무 분담·협업 ② 공정거래법상 과징금 부과수준 조정 ③ 피심인 방어권 보장 및 조사·사건처리 절차 개선 ④ 시장구조개선명령이었으며, 민사분야에서는 ⑤ 사인의 금지청구제 ⑥ 징벌적손해배상제도의 도입 및 확대 ⑦ 집단소송·부권소송의 인정 여부 ⑧ 대체적 분쟁 해결 제도 활성화 ⑨ 피해자의 증거확보능력 강화에 관한 것이었고, 마지막 형사분야에서는 ⑩ 전속고발제 개편 ⑪ 검찰과의 협업 강화에 대한 것이었다.⁵⁾ 동 TF는 과제의 중요성 및 시급성과 국회의 법안심사 진행상황 등을 고려하여 2017년 11월에 우선 5개 과제에 대한 논의결과를 먼저 발표한 바 있다.⁶⁾

상기 11개 세부과제에 대한 논의 결과는 다음과 같다. 첫째로, ‘지자체와 조사권 분담 및 협업 방안’에 대해서는, 그간 중소기업 및 소상공인의 불공정 거래 피해가 지속됨에 따라 공정위원회의 조사 인력만으로는 대응에 한계가 있어 가맹·유통·대리점·하도급 등 4대 분야의 조사권을 분담하는 방안에 대해 논의한 결과 행정 수요가 많은 가맹분야⁷⁾에서 실시하여 광역지자체(17개)에 가맹사업법 집행을 위한 조사권 및 처분권을 부여하되, 구체적인 방식에 있어 위임(분담)방식과 공유 방식을 모두 채택 가능한 방안으로 판단했다.⁸⁾⁹⁾

둘째로, 신고인이 공정위의 무혐의 결정을 수용하지 못하는 경우 공정위에 재신고하는 방법 외에는 마땅한 불복 수단이 없는 점을 포함하여 불공정 행위 시정에 있어서 공정위의 행정 수단에만 전적으로 의존하는 현행 제도의 문제점을 해결하는 방안으로 ‘사인의 금지청구제’를 도입하도록 하였다. 동 제도가 도입되면 앞으로는 피해를 입은 소비자나 기업이 공정위를 거치지 않고 불공정거래행위에 대한 금지 청구를 법원에 직접 제기할 수 있게 된다.¹⁰⁾

-
- 5) 공정거래위원회, 공정거래 법집행체계개선 TF 최종결과보고서(2018. 2. 22)(이하 ‘공정위, 최종보고서’라 함), 2면
- 6) 공정거래위원회, 법집행체계개선 TF 중간결과보고서(2017. 11. 10)(이하 ‘공정위, 중간보고서’라 함).
- 7) 동 보고서에 따르면 2016년 국내 프랜차이즈 시장에서 가맹본부는 4,200 여개이고 이에 따른 가맹점 수는 21만개 그리고 여기에 종사하는 근로자는 80만명에 이른다.
- 8) 위임(분담)방식이란 사실 관계 확인만으로 법 위반 판단이 가능한 13개 과태료 대상 위반 행위는 지자체가 조사·처분하고 그 외 위반행위(시정명령·과징금 대상)는 공정위가 조사·처분하는 것으로 분담하는 것을 말하며, 공유 방식은 모든 위반 행위에 대해 지자체 및 공정위가 모두 각각 조사권을 보유하되, 지자체는 과태료와 시정권고만 가능하고 공정위는 과징금 등 모든 처분이 가능한 것을 의미한다.
- 9) 이 외에도 가맹분야 정보공개서의 등록 및 관리 업무를 공정거래위원회(공정거래조정원에 위탁)에서 지자체로 이양하고, 피해 구제 활성화를 위해 각 지자체별로 분쟁조정협의회(가맹·유통·대리점·하도급 분야)를 설치할 수 있도록 법적 근거를 마련하는 안이 채택되었다.
- 10) 동 제도의 도입 범위에 대해서는 피해자 권리 구제에 초점을 두어 불공정 거래 행위로 한정하는 방안과 사적 분쟁 성격이 약한 법 위반 행위에 대해서도 공익적 측면에서 사인이 금지 청구를 할 수 있도록 모든 위반 행위를 포함하는 방안이 함께 제시되었으며, 동 제도를 공정거래법에 도입할 경우 공정거래법상 불공정 거래 행위에서 파생된 하도급법 및 유통 3법(가맹·유통·대리점법)에 대해서도 함께 도입하는 것이 타당한 것으로 의견이 수렴되었다(공정위, 중간보고서, 3면).

셋째로, 공정거래법상 과징금 부과 수준 조정에서는, 2004년 담합에 대한 과징금 부과율을 상향 조정(5%→10%)한 이래 거의 20여년간 법상 부과율 상한이(현행 불공정거래행위 2%, 시지남용 3%, 담합 10%) 낮은 수준에 머물러 온 것에 대해서 이러한 과징금 부과수준이 범위반 억지력 제고에 불충분하다는데 공감하였으나, 2배 이상의 갑작스런 상향은 시장에 충격을 줄 우려가 있어 2배 수준(담합 10%→20%, 시지남용 3%→6%, 불공정거래행위 2%→4%)으로 조정하였다.¹¹⁾ 참고로 담합 과징금(벌금)에 대한 부과율 상한(관련매출액 대비)은 한국이 10%임에 비해 미국은 20%이며 EU는 30%이다.¹²⁾

넷째로, 현재의 실손배상 원칙의 손해배상제도 아래에서는 충분한 금전 배상이나 범위반 억지효과가 미흡하다는 점에서 이미 하도급법 등에서 도입되어 있는¹³⁾ 징벌적 손해배상제도를 보다 실효성 있게 개선하고 동 제도를 다른 분야에도 확대하는 것으로 조정하였으며, 그 도입 범위와 위반행위에 대한 배상액에 있어서는 개별 법률별로 복수안이 제시되었다.¹⁴⁾

다섯째로, 소액·다수 피해자의 실질적 피해구제를 위해 소비자 분야에도 집단소송제를 도입하되 그 범위에 대해서는 담합, 재판매가격유지, 제조물책임, 표시광고 등 소액·다수 피해가 전형적으로 발생하는 분야에 한정하자는 안과 폭 넓게 도입하자는 안이 제시되었으나, 소송제기가 어려운 피해자를 대신하여 국가가 소송을 제기하는 부권소송제 도입에도 적극적인 의견을 개진하였으며 도입방식에는 국가기관의 원고적격을 인정하는 방안과 별도의 제도로 도입하자는 안이 개진되었다.¹⁵⁾

여섯째로, 신속한 피해구제를 위해 현재 불공정거래행위 중 거래상지위남용 등 일부 유형에 한정되어 있는 분쟁조정대상을 공동거래거절, 계열회사를 위한 차별, 집단적 차별, 부당염매 및 부당지원 등에 확대함과 동시에 집단분쟁조정 직권개시 등을 추진하기로 하였다.¹⁶⁾

일곱 번째로, 피해자의 증거확보의 용이성을 위해 기업의 자료제출의무를 공정거래법에 규정하는 안과, 법원의 요구가 있을 때에는 공정위가 사건자료를 적극 제공할 필요가 있다는데 대부분 공감하였다.

여덟 번째로, 고착화된 독과점적 시장구조의 개선을 위해 기업분할명령 등의 시장구조개

11) 공정위, 중간보고서, 3면-4면.

12) 한편 OECD와 World Bank의 2017년 공동연구 자료에 따르면 담합사건에서 부당이득 대비 부과과징금(벌금)액 비율은 한국이 9%(98~06년 17건 평균) 정도이나 미국은 57%(00~10년 97건 평균, 벌금 외 손해배상액 포함)이고 EU는 26%(00~10년 105건 평균)나 된다.

13) 징벌적 손해배상제도가 도입되어있는 개별 법률은 하도급법(부당대금결정·위탁취소·부당반품·부당감액·기술유용)과 가맹법(허위과장정보제공·거래거절) 및 대리점법(구입강제·이익제공강요)이다.

14) 이를테면 공정거래법에 있어서 도입 범위에 있어서는 '담합 및 보복조치에 도입하자는 안과' 담합·보복조치 및 불공정거래행위'에 도입하자는 안이 제시되었다. 그리고 배상액에 있어서는 현행처럼 손해액의 '3배 이내'로 하는 안과 '고의에 의한 범위반'의 경우에는 손해액의 '10배 이내'로 단 고의가 아닌 경우는 3배 이내로 하는 안이 제시되었다(공정위, 중간보고서, 4면).

15) 공정위, 최종보고서, 5면, 20면-21면.

16) 공정위, 최종보고서, 22면.

선명령제를 도입할지에 대해서는 도입이 필요하다는 안과 도입이 부적절하다는 복수안이 제출되었다.¹⁷⁾

아홉 번째로, 현 사건처리절차규정 중 조사결과의 신고인에게 통지하는 등의 일부 주요한 사항에 대해서는 공정거래법에 규정할 것과 또한 공정거래법에 실태조사의 법적 근거도 확보하는 등의 절차적 정당성 제고방안을 논의하였고, 효율적 조사를 위해서 변호인의 조사과정 참여, 수집 및 제출자료의 복사 등의 조사·사건처리절차의 개선방안을 논의하였다.¹⁸⁾

열 번째, 그간 공정위가 불공정행위 조사를 거의 공소시효가 임박한 시점에 개시한 사례가 많았고 그만큼 검찰이 이에 대해 자세하게 조사를 할 시간적 여유가 부족하여 수사에 상당한 지장을 초래하였으므로 검찰과 공정위 기관관 협업체계를 구축하여 검찰의 적기 수사권을 보장할 것을 권고하였다.¹⁹⁾

마지막으로 그간 공정위의 소극적인 고발권 행사로 인한 형사 제재 미흡으로 불공정행위가 근절되지 않는다는 비판이 제기됨에 따라 현행 전속고발제의 문제점을 해결하기 위한 개편 논의가 있었는데, 논의의 결과 전속고발제가 존재하는 6개 법률 중 상대적으로 쟁점이 적어 논의가 용이한 공정거래법 외 5개 법률에서의 존폐 여부를 우선 논의한 결과 공정거래법상 전속고발제 폐지와 관련해서는 다음의 3가지 방안을 도출하였다. 먼저 공정위와 검찰 간 협업을 통해 상호 전문성을 극대화하면 중복조사 문제가 해결될 수 있으므로 공정거래법상 전속고발제를 전면폐지하자는 안,²⁰⁾ 전속고발제 폐지시 부작용이 크고 담합 적발의 핵심 수단인 자진신고(리니언시)가 작동하지 않을 우려가 있으므로 검찰과 협업을 강화하고 미고발 사건에 대해서는 이의신청제도의 도입 등 제도를 보완하자는 안²¹⁾ 및 경제 분석의 필요성과 중소기업에 미치는 영향 및 사회적 형벌제재 필요성 정도 등을 고려하여 선별적으로 폐지하자는 안이 제시되었다.²²⁾

17) 공정위, 최종보고서, 28면-29면.

18) 공정위, 최종보고서, 26면-27면.

19) 공정위, 최종보고서, 33면.

20) 법무부(검찰 포함)는 중대 위반행위에 대한 형사제재 강화의 필요성과 영장실질심사 등으로 인해서 과잉수사의 우려가 없다는 등을 이유로 전속고발권을 전면폐지해야 한다고 의견을 제시하였다.

21) 경쟁법의 특성, 글로벌 기준, 중소기업 부담 등 기업활동 위축을 고려할 경우 전면폐지는 바람직하지 않다는 의견을 제시하였다.

22) 공정위, 최종보고서, 7면-8면 참조; 구체적인 폐지대상 행위유형에 대해서는 보복조치·사익편취·부당지원에 한해 폐지하자는 안과 경성담합에 한해 폐지하자는 안 및 경성담합·보복조치·사익편취·부당지원에 한해 폐지하자는 3개의 안이 제시되었으며, 공정거래법 외 유통3법(가맹법, 유통업법, 대리점법)상 전속고발제를 폐지하는 것이 바람직한 것으로 의견이 모아졌다.

한편 하도급법에 있어서는 중소기업 부담을 고려하여 원사업자가 중소기업이 아닌 하도급 거래에서만 폐지하자는 안(최근 5년간 피신고인 중 중견·중소기업 비율이 84%(특히, 건설하도급의 경우 원사업자의 98%가 중소기업)에 달해 폐지시 중소기업에 미치는 영향이 크다)과 모든 금지 조항에 형벌이 존재하고 중소기업 간 거래도 상당하여 존치하자는 복수안이 제시되었다.

그리고 표시광고법에 있어서도 허위·기만 광고는 고의성과 소비자 피해가 커서 폐지하자는 안과 소상공인에 대한 음해성 고발이 남발될 우려를 고려하여 존치하자는 안의 복수안이 제시되었으며,

Ⅲ. 공정거래위원회의 전속고발권의 존폐여부

1. 논의의 배경

공정위원회가 고발권을 행사하지 않음으로 인해서 검찰의 기소권을 침해하고 그 결과 기업의 부정부패행위를 오히려 조장한다는 비판이 이전부터 지속적으로 제기되었다. 그리하여 이러한 폐해를 시정하기 위해서 2013년 고발의무제를 도입하였는데, 그 이유는 비록 공정거래법 위반의 정도가 객관적으로 명백하고 중대하여 경쟁질서를 현저히 저해한다고 인정되는 사안에서도 공정위가 그렇게 판단하지 않으면, 검찰총장이 이와는 반대로 해석하여 고발해야 함을 공정위에 요청한다고 할지라도 검찰총장에게는 고발요청권만 있을 뿐 공정위가 이에 따라 고발해야할 의무는 없었기에 때문이다. 그리하여 공정거래법 제71조 제5항을 신설하여 검찰총장의 고발요청이 있을 때에는 공정거래위원장은 반드시 검찰총장에게 고발하도록 하였다.

또한 동 법 제71조 제4항을 신설하여 공정거래위원회가 제2항에 따른 고발요건에 해당하지 아니한다고 결정하더라도 감사원장, 중소벤처기업부장관, 조달청장은 사회적 파급효과, 국가재정에 끼친 영향, 중소기업에 미친 피해 정도 등 다른 사정을 이유로 공정거래위원회에 고발을 요청할 수 있으며, 이러한 고발의 요청이 있을 때에는 공정거래위원장은 검찰총장에게 고발해야할 의무를 부과하였다.

그러나 이와 같은 법개정을 통해 전속고발권 제도를 개선하였지만 여전히 공정위가 소극적으로 고발권을 행사하기 때문에 전속고발권을 폐지해야 한다는 비판이 계속 제기되고 있다.²³⁾ 그러므로 이하에서는 이러한 전속고발권의 유지 및 폐지에 대한 주장 및 그 논거를 살펴보기로 한다.

2. 전속고발권 존폐론

1) 유지론

전속고발권을 유지해야 한다는 입장은 우선 공정거래법 위반 범죄는 일반 형사범죄와는 달리 행위 자체에 의해 법 위반여부가 결정되는 것이 아니라 행위가 시장에 미치는 경쟁제

아울러 식품위생법과 대외무역법 등에서는 개별법률이 금지하는 허위·과장 표시광고는 전속고발제가 존재하지 않는다는 점도 지적되었다.

23) 이러한 비판에 직면하여 공정위는 스스로 TF를 구성하여 전속고발권 문제를 포함한 공정거래 관련 법집행체계 전반에 대한 자체적인 제도개선작업을 펼친 결과를 2018년 2월에 발표하였음은 위에서 살펴보았다.

한의 효과에 따라 위반 여부가 결정되고 또한 공정거래법 위반이 인정될 때에도 형사처벌이 필요한지 그렇지 않으면 행정제재로 충분할 지에 대해서는 이 분야에 대해 전문성을 가지고 있는 공정위가 판단하는 것이 타당하다는 것이다. 즉 공정위의 공정거래관련 범위반 사실에 대한 판단의 전문성을 존중해야 한다는 것이다.²⁴⁾

또한 만약 공정위의 전문적 심사가 꼭 필요한 이러한 분야에서 공정위의 전속고발권을 유지시키지 않는다면, 외국의 입법례에서는 잘 찾아볼 수 없을 정도로 대부분의 위반사항에 대해 형벌 규정을 두고 있는 우리의 현행 공정거래법을 고려하면 기업의 거래행위를 너무나 위축시키게 된다고 주장한다.²⁵⁾

그리고 현행 공정거래 관련법은 당사자의 고소권과 제3자의 고발권을 배제하고 공정위의 고발을 소추요건으로 하고 있기 때문에 이를 전속고발권 폐지로 평가할 수는 없다는 견해도 있다.²⁶⁾ 한편 우리 헌법재판소는 ‘고발권불행사 위헌확인’ 사건에서 공정위가 심사결과 공정거래법위반행위에 대하여 일응 고발을 할 것인가의 여부를 결정할 재량권을 가진다고 판단하였는데, 그 논거로서는 공정거래법은 제71조에서 공정위가 ‘공소를 제기할 수 있다’는 규정만을 두고 있을 뿐 공정거래위원회의 고발권행사에 관한 아무런 요건이나 제한규정도 두지 아니하고 있기 때문에 통상의 친고죄에 있어서의 고소와 같이 해석할 수밖에 없지만,²⁷⁾ 이러한 재량권의 행사도 공정거래법이 추구하는 법목적에 비추어 그 내재적 한계를 가질 수 밖에 없다고 판시하였는데,²⁸⁾²⁹⁾ 이러한 헌법재판소의 견해도 위의 주장과 비슷

24) 홍명수, 건설산업에서 입찰담합규제의 개선에 관한 고찰, 법학논총 35(1) 2015, 262면.

25) 홍명수, 위의 논문, 262면.

26) 박광민·이성대, 공정거래법상 전속고발권의 존폐론 검토, 한국비교형사법연구 15(2) 2013, 489면.

27) 헌결 94헌마136.

28) 헌결 94헌마136 참조; ...공정거래법이 추구하는 법목적에 비추어 행위의 위법성과 가벌성이 중대하고 피해의 정도가 현저하여 형벌을 적용하지 아니하면 법목적의 실현이 불가능하다고 봄이 객관적으로 상당한 사안에 있어서는 공정거래위원회로서는 그에 대하여 당연히 고발을 하여야 할 의무가 있고 이러한 작위의무에 위반한 고발권의 불행사는 명백히 자의적인 것으로서 당해 위반행위로 인한 피해자의 평등권과 재판절차진술권을 침해하는 것이라고 보아야 한다; 이러한 헌법재판소의 결정이 있고 난 직후에 국회는 공정거래법 제71조 제2항을 신설하였는데, 제2항은 헌법재판소가 판시한 바로 그 결정 이유였던 것이다(공정거래법 제71조 제2항: 공정거래위원회는 제66조 및 제67조의 죄 중 그 위반의 정도가 객관적으로 명백하고 중대하여 경쟁질서를 현저히 저해한다고 인정하는 경우에는 검찰총장에게 고발하여야 한다).

29) 헌법재판소는 이러한 논거에 따라 동 사건에서도 객관적으로 보아 중대한 범위반행위인지를 판단한 결과 중대한 범위반행위가 아니었기 때문에 공정위의 고발권 불행사는 자의적인 재량권 행사라 하지 아니 하였다(그러나 청구의 회사의 위 불공정거래행위는 청구인과의 가구대리점계약이라는 개별적이고 구체적인 거래관계를 대상으로 한 단 1회의 거래거절행위로서 가구시장의 경쟁질서에 끼친 해악의 정도가 그리 중하다고만 할 수 없을 뿐 아니라, 위와 같이 청구의 회사에 의하여 대리점계약이 해지됨으로써 입은 청구인의 경제적 손실은 공정거래법상의 손해배상청구권을 행사하거나 민법상의 채무불이행 혹은 불법행위에 기한 손해배상청구를 통하여 충분히 전보될 수 있다고 보여지므로, 이를 객관적으로 보아 형벌을 가할 정도로 중대한 공정거래법위반행위로 보기는 어렵다고 할 것이다).

한 것이라고 할 수 있다.

2) 폐지론

공정위의 전속고발권을 폐지하자는 견해는 전속고발권의 도입취지와 달리 본래의 기능을 수행하고 있지 못하기 때문에 폐지되어야 한다는 입장이다. 즉 공정위가 공정거래관련 범위 반 사항에 대하여 검찰에 고발하지 않고 과징금을 부과하는 것만으로는 공정거래관행을 정착시킬 수 없다는 것이다.

또한 이러한 폐지론은 현행 전속고발권은 일본법제를 계수함으로써 도입되었는데 정작 공정거래 관련법을 최초로 만든 미국이나 유럽에서는 이러한 전속고발권이 없고 일본의 경우에도 이러한 전속고발권을 개선하기 위한 노력을 하고 있기 때문에 폐지해야 한다는 것이다.³⁰⁾

그리고 공정위의 고발권 불행사로 인하여 불공정행위로 인해 피해를 당한 당사자의 재판 진술권이 침해될 우려가 있다는 견해도 있다. 앞서 서술한 ‘고발권불행사 위헌확인’ 사건에서 헌법재판소는 공정위의 고발에 관한 재량권도 공정거래법이 추구하는 법목적에 비추어 그 내재적 한계가 있으며, 이러한 내재적 한계를 위배해 재량권을 행사한다면 이는 헌법에 위반된다고 판시했는데,³¹⁾ 이러한 헌법재판소의 견해도 위의 주장과 비슷한 것이라고 할 수 있다.

한편 이에서 더 나아가 공정거래 관련법 위반행위를 한 행위자에 대한 고발권 행사의 제약으로 인해 소비자의 권리, 행복추구권, 평등권 등이 침해되기 때문에 현행 공정거래법 제 71조가 위헌이라는 입장도 있다.³²⁾

3) 선별적 폐지론(또는 선별적 유지론)

선별적 폐지론 또는 제한적 존치론은 존치론과 기본적으로는 그 논거를 같이 하는 입장으로, 존치론에서 주장하는 바와 같이 고도의 경쟁제한 효과 분석이나 경쟁 정책적 관점에서의 고려가 필요한 분야 등 공정위의 전문적 심사가 꼭 필요한 부분에 한해서는 전속고발권을 유지하자는 입장이다.³³⁾

30) 김남근, 전속고발권의 폐지와 검찰과 공정행정 협력체계의 필요성, 공정거래위원회 전속고발권 관련 공청회자료, 2017.2.20., 7면 참조.

31) 헌결 94헌마136.

32) 정연주, 공정거래위원회 전속고발권의 헌법적 문제, 서울법학 제25권 제3호, 2017.11.30., 96면-109면 참조.

33) 이를테면 공정위 ‘법집행체계개선 TF’에서 공정거래 관련 법집행체계 혁신을 위해 논의한 결과 공정거래법 외 5개 법률상 전속고발제를 폐지하기로 하였지만, 유통업법 중 배타적거래강요행위는 위법

그러므로 선별적 폐지론의 논거도 유지론과 비슷하다. 유지론은 그 논거로서 만약 공정위의 전문적 심사가 꼭 필요한 이러한 분야에서도 공정위의 전속고발권을 유지시키지 않는다면, 외국의 입법례에서는 잘 찾아볼 수 없을 정도로 대부분의 위반사항에 대해 형벌 규정을 두고 있는 우리의 현행 공정거래법을 고려하면 기업의 거래행위를 너무나 위축시키게 된다는 것인데 기본적으로 선별적 폐지론의 입장과 같다.³⁴⁾ 이러한 공정위의 전문적 심사가 필요한 부분은 예를 들면 시장지배적지위 남용이나 부당 공동행위³⁵⁾ 등을 규제하는 분야나 대기업집단의 경제력 집중 억제에 대해 규정한 분야 등을 들 수 있을 것이다.

공정위 ‘법집행체계개선 TF’에서는 경성담합, 보복조치, 사익편취, 부당지원행위에 한해 폐지할 것을 제시하였다. 경성담합에 대해서는 검찰과의 원활한 협업이 이루어지고 리니언시제도의 실효성을 유지하는 것을 전제로 폐지할 것을 의견제시하였고,³⁶⁾ 보복조치, 사익편취, 부당지원행위에 대해서는 해당 조항은 경제분석 필요성이 낮고 전속고발제를 폐지하여도 중소기업에 미치는 고발남발 등 부작용이 작기 때문에 폐지하자는 의견을 제시하였다.³⁷⁾

3. 소결

위에서 공정위의 전속고발권 유지와 폐지에 관한 논의를 살펴보았다. 현재 우리의 법제상 집단소송제도 및 부권소송 제도 그리고 징벌적 손해배상제도 등이 도입되어 있지 않은 상황에서는 공정위의 과징금 제도와 검찰고발을 통한 형사처벌제도가 불공정거래 당사자에 대한 매우 효과적인 규제수단임을 부인할 수 없다.³⁸⁾ 특히나 공정위의 고발권은 부당거래 행위자들에 대한 가장 효율적인 심리적 억제기능을 수행하는 가장 강력한 통제수단이라고 할 수 있다.³⁹⁾

그리고 이러한 사실보다도 더욱 중요한 것은 전속고발제의 위헌여부에 대한 그간 헌법재판소의 결정과 이러한 헌법재판소의 결정이유를 입법으로 개선함으로써 전속고발제를 비판하는 논의의 상당 부분이 해소되었다는 것이다.

이러한 논거로서는 첫째로 공정위의 고발에 대한 재량권과 관련하여 헌법재판소가, 공정

성 판단시 공정거래저해성 또는 경쟁제한성 등 공정위의 전문적 분석이 요구되어 제외하였다(공정거래위원회, 최종보고서, 30면-31면 참고).

34) 권오승, 경제법, 법문사 제9판, 2012, 383면-385면 참조.

35) 그러나 부당공동행위 중 특히 경성카르텔은 경쟁제한성에 대한 고도의 경제적 분석없이 대략적인 시장분석만으로 위법성이 인정되고 있으므로 공정위의 전문적 판단이 꼭 필요한가에 대한 의문이 있을 수 있다.

36) 또한 개인에 대한 형사처벌 활성화를 위해 경성담합 가담 개인에 한해 폐지하자는 견해도 제시되었다.

37) 공정거래위원회, 최종보고서, 32면.

38) 손수지·손윤호, 공정위의 고발권과 의무고발요청제도, 인문사회 21 제6권 제4호, 2015, 495면.

39) 박광민·이성대, 위의 논문, 489면.

위의 고발권 행사는 무제한의 재량이 있는 것이 아니라 내재적 한계를 가진 재량권이라고 결정한 취지를 입법자가 제71조 제2항에 도입하였는데, 동 규정에 따르면 공정위는 법목적 을 실현할 수 없을 정도로 범위반 정도가 객관적으로 중대한 경우에는 고발권의 재량권이 제한되게 되었다.

둘째로는 공정거래법 제71조 제3항 내지 제5항은 상당 부분 공정위의 고발권행사를 제한 하고 있다는 점이다. 즉 동 규정들에 따르면 검찰총장은 제2항의 규정에 의한 고발요건에 해당하는 사실이 있음을 공정거래위원회에 통보하여 고발을 요청할 수 있도록 하고, 만약에 공정거래위원회가 제2항에 따른 고발요건에 해당하지 아니한다고 결정하더라도 감사원장, 중소벤처기업부장관, 조달청장은 사회적 파급효과, 국가재정에 끼친 영향, 중소기업에 미친 피해 정도 등 다른 사정을 이유로 공정거래위원회에 고발을 요청할 수 있도록 하고 있으며, 검찰총장, 감사원장, 중소벤처기업부장관, 조달청장 등에 따른 고발요청이 있는 때에는 공정 위 위원장은 의무적으로 고발하여야 함을 규정하고 있다.

셋째로는 실증적으로도 공정위 고발권 행사에서 개선된 결과가 나타나고 있다는 것이다. 즉 최근에는 공정위 자체적으로 개선노력을 많이 기울여⁴⁰⁾ 그동안 고발권의 소극적 행사로 인하여 비판받아온 점들이 상당부분 개선되고 있다는 점이다. 2017년 공정위 ‘공정거래백서’ 에 따르면, 공정위의 전속고발권이 도입된 후 2016년까지 행사된 (과징금부과 건수 대비) 고발권을 행사한 비율은 32% 정도이다. 그러나 전속고발권이 도입된 초기인 1981년부터 2002년까지는 고발권 행사비율이 43%대로 비교적 고발권이 많이 행사된 것으로 보여지나, 2003년부터 2016년까지의 기간 동안 고발권 행사 비율은 22%대로서 절반 정도로 낮아지게 되어 전체적으로는 32% 정도가 되는 것이다.⁴¹⁾ 그러나 동 기간을 더욱 세분해보면 약간 다 른 결과가 나타나는데, 먼저 고발권 남용에 대한 비판에 직면하여 개선작업을 시도했던 2013년부터 2015년까지의 고발권 행사 비율은 45.4%나 되고, 2016년 한 해 동안의 고발 비 율은 51.3%로 더욱 높아지는 추세를 보여준다는 점이다.⁴²⁾ 참고로 최근 6년간 공정위 처분 에 대한 불복율 및 이에 대한 승소율을 살펴보면, 최근 6년간 시정조치 건수 대비 소송이 제기된 건수 즉 불복율은 15.5% 정도이며, 이 중 승소율은 75.6%이고 일부승소 건수를 더 하면 그 비율은 거의 88%에 달한다.⁴³⁾ 공정위에게 강제적 조사권이 없는 점을 감안하면 공

40) 여기에 대해 자세한 점은 II. 공정거래위원회 전속고발권 제도개선 논의과정 부분을 참고할 것.

41) 1981년부터 2002년까지는 과징금 부과 건수인 576건에 대해 고발 건수는 249건으로서 고발권 행사 비율은 43.2%였으나, 2003년부터 2016년까지는 과징금 부과건수인 1,449건에 대해 고발 건수는 324 건으로 고발권 행사비율은 22.3%로서 그 비율이 절반정도로 감소되었다(공정거래위원회, 공정거래 백서, 2017년, 67면 자료를 재구성)

42) 2013년부터 2015년까지는 과징금 부과 건수인 405건에 대해 고발 건수는 184건으로서 고발권 행사 비율은 45.4%였으며, 2016년 한 해 동안에는 과징금 부과건수인 111건에 대해 고발 건수는 57건으로 고발권 행사비율은 51.4%로 해마다 그 비율이 높아지고 있다.(공정거래위원회, 공정거래백서, 2017 년, 67면 자료를 재구성)

43) 2011년 이후 최근 6년간 시정조치 건수는 2,476건이며, 이 중 처분에 불복하여 소송이 제기된 건수는

정위 조사가 부실하지는 않음을 반증하는 것으로 여겨진다.

그러므로 이러한 여러 점에 비추어보면 공정위의 전속고발권을 유지하면서 공정위가 공정거래법의 취지가 잘 반영되도록 고발권을 행사한다면 크게 문제되지 않을 것으로 사료된다. 그리고 이러한 고발권 행사의 존폐 여부와 관련하여 한 가지 더 논의되어야 할 것이 있는데, 그것은 공정거래법 제22조의 2에서 규정하고 있는 공정위의 자진신고자 등에 대한 고발면제와 제71조에서 규정하고 있는 고발요청에 따른 고발권 행사의무와의 연관성과 관련한 해석문제이다. 이에 대해서는 항을 바꾸어서 서술하기로 한다.

Ⅳ. 자진신고자 등에 대한 고발면제와 고발요청에 따른 고발권 행사의무의 여부

1. 논의의 배경

자진신고자 등에 대한 고발면제란 공정거래법 제22조의 2에 규정된 제도로 공정위가 ‘부당한 공동행위의 사실을 자진신고한 자’, ‘증거제공 등의 방법으로 조사에 협조한 자’에 대해서는 공정거래법 제21조의 시정조치 또는 제22조의 과징금을 감경 또는 면제할 수 있을 뿐만 아니라 제71조(고발)에 따른 고발을 면제할 수도 있는 것을 말한다.⁴⁴⁾

한편 공정거래법 제71조 제2항에서는 “공정거래위원회는 제66조 및 제67조의 죄 중 그 위반의 정도가 객관적으로 명백하고 중대하여 경쟁질서를 현저히 저해한다고 인정하는 경우에는 검찰총장에게 고발하여야 한다”고 규정하는 한편, 동조 제3항에서는 “검찰총장은 제2항의 규정에 의한 고발요건에 해당하는 사실이 있음을 공정거래위원회에 통보하여 고발을 요청할 수 있다”고 규정하고 있다. 그리고 동조 제4항에서는 “공정거래위원회가 제2항에 따른 고발요건에 해당하지 아니한다고 결정하더라도 감사원장, 중소벤처기업부장관, 조달청장은 사회적 파급효과, 국가재정에 끼친 영향, 중소기업에 미친 피해 정도 등 다른 사정을 이유로 공정거래위원회에 고발을 요청할 수 있다”고 하며, 제5항에서는 “제3항 또는 제4항에 따른 고발요청이 있는 때에는 공정거래위원회 위원장은 검찰총장에게 고발하여야 한다”고 하여 공정위의 고발을 의무화하고 있다.

그러므로 공정거래법 제22조의 2의 제1항에서 규정하고 있는 고발의 면제조치와 제71조(제2항과 제3항의 고발요청권에 의한) 제5항에서 규정하고 있는 고발의무가 상충하게 된다.

393건에 이르러 불복율은 15.5%이다. 이렇게 제기된 소송 건수 중 확정된 소송 건수는 181건이며, 그 중 공정위가 승소한 건수는 137건, 일부승소 건수는 22건이며, 공정위가 패소한 건수는 22건이었다(공정거래위원회, 공정거래백서, 2017년, 73면-80면 참조).

44) 공정거래법 제22조의 2의 제1항 참고.

즉 이 문제는 공정거래위원회가 제71조 제5항에 따라 검찰총장 등에 의한 고발요청이 있는 경우에도 자진신고자 등에는 고발을 면제할 수 있다는 제22조의 2에 따라서 고발의무가 면제되는가에 관한 해석의 문제이다.

이에 대해서는 고발의무가 면제된다는 공정거래위원회의 입장과 그 위반의 정도가 객관적으로 명백하고 중대하여 경쟁질서를 현저히 저해한다고 인정하는 경우에는 고발의무가 면제되지 않는다는 견해가 대립하고 있다. 항을 바꾸어 이하에서 서술하기로 한다.

2. 해석론

1) 고발의무가 면제된다는 견해(공정거래위원회의 입장)

공정거래위원회는 공정거래법 제71조의 고발의무 조항이 있음에도 불구하고 제22조의 2의 규정을 추가하여 고발을 면제할 수 있도록 한 것은 제22조의 2의 규정은 제71조의 특별 규정의 지위를 가지고 있다는 입장이다.⁴⁵⁾ 그리하여 제71조 제2항에서 규정하고 있는 ‘객관적으로 명백하고 중대하여 경쟁질서를 현저히 저해하는 경우’라도 제22조의 2의 고발면제 규정(제71조(고발)의 고발을 면제할 수 있다)에 의하여 고발하지 않아도 된다는 것이다. 이러한 공정위의 입장은 자진신고자 감면제도 중에서도 형사처벌을 면제해주어야 서류 등의 증거를 남기지 않고 더욱 더 은밀화 경향을 띄는 현재의 담합 등을 적발해낼 수 있다는 현실적인 이유에서일 것이다.

2) 고발의무가 면제되지 않는다는 입장

이에 비해서 공정거래법 제22조의 2의 규정에도 불구하고 공정위의 고발의무가 면제되지 않는다는 입장은 첫째로, 공정거래법 위반 정도가 객관적으로 명백하고 중대하여 경쟁질서를 현저히 저해하는 경우에는 비록 제22조의 2에서 공정위가 고발을 면제할 수 있다고 규정하고 있더라도 고발하여야 한다고 주장한다.⁴⁶⁾ 즉 동 견해에 따르면 공정거래법 제71조 제2항에 따르면, 공정거래법 위반 정도가 객관적으로 명백하고 중대하여 경쟁질서를 현저히 저해하는 경우에는 공정위가 검찰총장에게 의무적으로 고발하여야 한다고 규정하고 있고, 이에 따라서 개정된 제22조의 2도 제71조 제2항의 취지를 따라서 공정거래법 위반 정도가 객관적으로 명백하고 중대하여 경쟁질서를 현저히 저해하는 경우에는 공정위가 고발을 면제할 수 없다고 해석하여야 한다는 것이다.

45) 2014년 3월 6일자 법률신문에서 공정거래위원회가 밝힌 입장.

46) 이상현, “공정거래법상 전속고발권에 대한 고소불가분의 원칙 적용 가능성, 법조 제59권 제11호, 법조협회, 2010, 253면 참조.

둘째로는 답합 등을 포함한 공정거래 위반 사항에 대한 형사처벌 면제에 관한 외국의 입법례를 검토해볼 때 우리나라와 같이 공정위가 일방적으로 형사처벌을 면제하고 있는 경우를 잘 찾아볼 수 없다는 것이다.⁴⁷⁾ 다시 말해서 현행 공정거래법을 도입하고 우리의 경우와 같이 행정부서에 전속고발권이 있는 일본의 경우에도 형사처벌을 면제하는 규정은 없으며, 더욱이 일본의 경우에는 고소불가분의 원칙이 고발에도 준용되므로 검찰이 고발되지 않은 공정거래사범의 공범에 대해서도 기소할 수 있다는 것이다. 이 외에도 미국, 영국, 호주, 캐나다의 경우에도 검찰 독자적으로 또는 우리의 공정거래위원회와 유사한 경쟁위원회가 검찰과 협조하여 형벌을 감면토록 하고 있는 점을 감안한다면 공정거래법 제22조의 2를 해석할 때에 단순히 제22조의 2의 규정을 동 법 제71조의 특별규정으로 생각할 것이 아니라 공정거래법 전체의 입법취지와 체계 등을 고려하고 외국의 입법례 특히 미국의 경우를 참고로 하여 해석하는 것이 타당할 것이라는 입장이다. 이렇게 볼 때 공정거래법 제22조의 2의 고발면제권은 ‘모든’ 부당한 공동행위의 사실을 자진신고한 자와 ‘모든’ 증거제공 등의 방법으로 조사에 협조한 자에 대해 고발을 면제할 수 있다는 뜻이 아니라 적어도 제71조 제2항에서 규정된 ‘위반의 정도가 객관적으로 명백하고 중대하여 경쟁질서를 현저히 저해하는 경우에는 고발하여야 한다’는 것이다.⁴⁸⁾

셋째로, 공정위의 주장은 제22조의 2의 규정이 단순히 제71조의 고발을 면제하도록 되어 있으므로 이러한 고발의무 면제에는 ‘객관적으로 명백하고 중대하여 경쟁질서를 현저히 저해하는 경우’도 포함된다는 것이지만, 이러한 공정위의 해석은 전속고발권 행사의 내재적 한계를 벗어나 헌법상 피해자의 평등권, 재판에서의 진술권을 침해하는 위헌적 결과를 야기하는 것이고, 내재적 한계인 ‘중대·명백’에 대한 최종적인 판단은 검찰총장이 고발요청권 행사라는 방식으로 하도록 법 개정되었으므로 검찰총장이 중대·명백한 사안이 되는 자진신고자 등에 대하여 고발요청할 수 있다고 하는 것이 법 개정취지에 부합할 것이라는 주장이다.⁴⁹⁾

사실 2013년 개정된 공정거래법 제71조의 규정을 살펴보면 사실상 공정위의 전속고발권은 폐지되었다고 보아도 무방할 것이다. 이러한 점은 동 조 제4항에서 검찰총장이 외에 감사원장, 중소기업부 장관, 조달청장에게도 “사회적 파급효과, 국가재정에 끼친 영향, 중소기업에 미친 피해 정도 등 ‘다른 사정’을 이유로 공정거래위원회에 고발을 요청할 수 있으며, 이러한 고발요청이 있는 때에는 공정거래위원회 위원장은 검찰총장에게 고발하여야

47) 이석환, 공정거래법상의 전속고발제도와 고발요청권 관련 쟁점, 법조 2014·7(Vol.694), 79면-82면 참조 및 이상현, 위의 논문을 참조할 것.

48) 그러나 이러한 주장에 대해서는 제71조 제2항의 해석상 그러한 중대한 위반의 경우인지를 판단하는 주체는 결국 공정위이기 때문에 공정위가 위반 정도가 그러한 중대한 위반에 이르지 아니한다고 판단하게 되면 고발의무가 없다고 할 수 있다는 반론이 있을 수 있다. 그러나 이러한 반론에 대해서는 동 조 제3항에서는 이러한 중대한 위반 사항이 있다는 것을 공정위가 아닌 검찰총장이 공정위에 통보하여 고발을 요청하게 되면 이 역시 동 조 제5항에 따라 공정위에게 고발의무가 발생하기 때문에 결국 공정위가 고발을 면제할 수 없게 될 것이다.

49) 이석현 위의 논문, 82면.

한다”고 2017년에 법을 개정한 이유를 생각할 때 더욱 그러하다.

3. 비판

1) 공정거래법의 체계 및 해석에 근거하여

공정거래법 제71조 제2항 내지 제5항의 규정에도 불구하고 제22조의 2에서 공정위의 고발 면제를 규정하고 있기 때문에 일응 공정위의 입장이 타당하게 보일 수 있다. 그러나 다음과 같은 이유에서 공정위의 주장에 동조할 수는 없다.

첫째로, 비교법적 관점 및 공정거래법의 제정 목적을 고려할 때 공정위의 입장을 따르기에는 어렵다. 즉 비교법적 관점에서는 미국을 위시하여 여러 선진제국에서는 행정청에 독자적으로 고발권을 인정하고 있지 아니하고 검찰 또는 법무부와 협력 내지 연계하여 고발권을 행사하도록 하고 있다. 그리고 공정거래법 제1조에서는 공정거래법은 “사업자의 시장지배적지위의 남용과 과도한 경제력의 집중을 방지하고, 부당한 공동행위 및 불공정거래행위를 규제하여 공정하고 자유로운 경쟁을 촉진함으로써 창의적인 기업활동을 조장하고 소비자를 보호함과 아울러 국민경제의 균형있는 발전을 도모한다”고 그 목적을 명확히 밝히고 있다. 이러한 공정거래법이 도입된 목적을 달성하지 못할 정도로 그 위반 정도가 중대한 경우에도 공정위가 고발을 면제한다면 이는 공정거래법이 제정된 목적에 위반되는 것이다. 헌법재판소가 바로 이러한 공정거래법의 목적을 달성불가능할 정도로 위반 정도가 객관적으로 중대하고도 명백하며, 경쟁질서를 현저히 저해하는 경우에는 공정위가 고발권행사에 대한 재량을 무제한 행사하는 것이 아니라 당연히 고발을 해야 할 작위의무가 있다고 판시한 것도 바로 이와 같은 맥락에서일 것이다.⁵⁰⁾

둘째로 공정거래법의 전체 체계를 살펴보면 공정위의 입장을 따를 수는 없다고 여겨진다. 공정거래법은 범위반행위에 대한 제재로서 손해배상(법 제56조), 시정권고(법 제51조), 시정명령 및 범위반사실의 공표(법 제5, 16, 21, 24, 31, 34조), 과징금의 부과(법 제6, 17, 22조, 24조의2, 31조의2, 34조의2), 형벌(법 제66조 내지 제69조)을 예정하고 있다. 공정거래법

50) ‘고발권불행사 위헌확인 사건(헌결 94헌마136)’에서 헌법재판소는 다음과 같이 판시하였다: 공정거래위원회(公正去來委員會)는 심사(審査)의 결과 인정되는 공정거래법위반행위(公正去來法違反行爲)에 대하여 일응 고발(告發)을 할 것인가의 여부를 결정할 재량권(裁量權)을 갖는다고 보아야 할 것이나, 공정거래법(公正去來法)이 추구하는 법목적(法目的)에 비추어 행위(行爲)의 위법성(違法性)과 가벌성(可罰性)이 중대하고 피해의 정도가 현저하여 형벌(刑罰)을 적용하지 아니하면 법목적(法目的)의 실현(實現)이 불가능(不可能)하다고 봄이 객관적(客觀的)으로 상당(相當)한 사안에 있어서는 공정거래위원회로서는 그에 대하여 당연히 고발을 하여야 할 의무가 있고 이러한 작위의무(作爲義務)에 위반한 고발권(告發權)의 불행사(不行使)는 명백히 자의적(恣意的)인 것으로서 당해 위반행위로 인한 피해자의 평등권(平等權)과 재판절차진술권(裁判節次陳述權)을 침해(侵害)하는 것이라고 보아야 한다.

위반행위는 기업의 영업활동과 밀접하게 결합되어 있거나 영업활동 그 자체로서 행하여지기 때문에, 그에 대하여 무분별하게 형벌을 선택한다면 관계자나 관계기업은 기업활동에 불안감을 느끼게 되고 자연히 기업활동이 위축될 우려가 있으며, 그렇게 되어서는 공정거래법 제1조에서 말하는 “공정하고 자유로운 경쟁을 촉진”하는 것도, “기업활동을 조장”한다는 것도 불가능하게 될 것이므로, 공정거래법위반행위에 대한 형벌은 가능한 한 위법성이 명백하고 국민경제와 소비자일반에게 미치는 영향이 특히 크다고 인정되는 경우에 제한적으로 활용되지 아니하면 아니된다는 측면을 간과할 수는 없겠지만, 형벌을 제외한 나머지 제재수단은 그 어느 것이나 위반행위로 인하여 초래된 경쟁제한의 상태를 배제하여 이를 회복하거나 위반행위자가 당해 위반행위로 취득한 이득의 범위 내에서 이를 박탈하는 데 그치는 것에 불과하므로, 기업범죄 내지 조직체범죄로서 소위 전형적인 화이트칼라 범죄의 하나라고 할 수 있는 공정거래법위반행위에 대한 효과적인 제재와 예방을 위하여는 시정조치나 과징금 등의 행정조치만으로는 부족하고 강한 심리강제효과를 갖는 형벌의 적극적인 활용이 요청된다 할 것이다.

셋째로는 공정거래법상 제22조의2 및 제71조 제2항 내지 제4항을 도입한 연혁을 보아서도 공정위의 견해에 동조할 수 없다. 제22조의2 및 제71조 제2항 내지 제4항의 조항들은 동일하게 2013년 공정거래 관련법들의 개혁을 위해 도입된 조항들이다. 즉 담합 등 고도로 지능화 및 은밀화 되어가는 불공정거래관행의 적발에 대한 실효성을 담보하고자 공정위의 자진신고자에 대한 고발 면제 내용을 도입하였지만, 동시에 제71조 제2항에서는 후술하는 헌법재판소의 공정위 고발권 행사에도 내재적 한계가 있다는 내용을 도입하였고, 이와 동시에 검찰총장 외 감사원장, 중소기업청장, 조달청장 등에 대한 고발요청권 및 이에 따른 공정위의 의무고발제를 도입하였던 것이기 때문에 오히려 제22조의2가 제71조에 대한 특별조항이 아니라 제71조 제2항이 제22조의2에 대한 특별조항이라고 보아야 한다.

2) 헌법재판소의 결정에 대한 기속력에 근거하여

헌법재판소법 제45조 제1항⁵¹⁾에 규정되어 있는 기속력은 당사자와 헌법재판소를 구속하는 확정력⁵²⁾과는 달리 당사자 및 헌법재판소를 구속하는 것이 아니라 결정의 효력을 확대하기 위하여 바로 모든 국가기관을 구속한다는 것을 말한다. 즉 기속력의 범위는 인적 효력 내지 주관적 범위가 법원, 그 밖의 국가기관 및 지방자치단체 즉 모든 국가기관에 대해서 확대되는 것을 의미한다.⁵³⁾ 그러므로 당연히 법원에 대한 기속력 뿐만 아니라 행정권과 입

51) 헌법재판소법 제45조 제1항은 “법률의 위헌결정은 법원과 그 밖의 국가기관 및 지방자치단체를 기속(羈束)한다”고 규정하고 있다.

52) 소송법상 확정력에는 불가변력과 불가쟁력 그리고 기판력이 있다. 이러한 확정력으로 인해 당사자는 헌법재판소의 결정에 대해서 더 이상 다툴 수 없고 헌법재판소도 자신의 결정을 번복할 수 없으며, 기판력으로 인해 후행 심판에서도 당해 심판과 다른 판단을 할 수 없는 효력이 발생한다.

법원에까지 이러한 기속력은 미치게 된다.

한편 이러한 기속력의 내용은 모든 국가기관이 헌법재판소의 위헌 결정을 존중해서 향후 헌법재판소의 결정과는 다른 내용의 처분이나 결정을 하지 말아야 한다는 것(결정준수의무), 헌법재판소가 결정한 내용과 배치되는 내용의 행사나 불행사를 하지 말아야 한다는 것(반복금지의무)과 만약 국가기관이 헌법재판소의 결정과 다른 처분을 하였다면 이를 바로잡아 헌법재판소의 결정과 같은 내용의 처분을 행하여야 한다는 것(재처분의무)을 말한다.

여기에서 문제가 되는 점은 헌법재판소의 위헌 결정의 기속력의 범위 중 내용적 내지 객관적 범위가 과연 어디까지 미치는 가이다. 일단 헌법재판소 결정의 효력이 심판대상에 대한 결정주문에 미친다는 것은 명백하지만, 그 결정에 대한 ‘이유’에까지 기속력이 미치는 지에 대해서는 법문의 규정이 없을 뿐만 아니라 아직까지 헌법재판소의 판례도 확립되어 있지 않기 때문이다.⁵⁴⁾ 여기에 대해서는 헌법재판소의 위헌결정의 이유에까지 기속력을 인정한다면 헌법재판소가 헌법의 내용을 구속력을 가지고 확정하고 발전시키게 됨으로써 헌법재판에 의하여 구체화되는 헌법의 경직성과 화석화를 가져올 위험이 있기 때문에 기속력을 인정할 수 없다는 의견이 있다. 그러나 헌법재판소가 어떤 사안에 대해서 위헌 결정을 내린다는 것은 합리적인 논증과정을 거쳐서 상대방을 설득하는 과정을 거쳐야 함을 의미한다. 이러한 결정주문은 그 결정이유를 통해 이끌어지며 이러한 결정이유를 적시하는 것이 바로 헌법재판소의 논증과정과 설득과정을 밝히는 것이기 때문에 헌법재판소의 결정이유에 대해서도 국가기관은 이를 준수해야 할 것이다.⁵⁵⁾

한편 우리 헌법재판소는 결정 이유에 기속력이 미치는지에 대한 판단을 직접 하지는 않았지만, ‘의료법 제61조 제1항 중 「장애인복지법」에 따른 시각장애인 중 부분 위헌확인(의료법상의 비맹제외기준)’ 사건에서 간접적으로는 판시한 바 있다.⁵⁶⁾ 즉 헌법재판소는 동 사

53) 헌법재판소법 제45조 제1항 외에 권한쟁의심판의 기속력을 규정한 법 제67조 제1항은 “헌법재판소의 권한쟁의심판의 결정은 모든 국가기관과 지방자치단체를 기속한다”고 규정하고 있고, 헌법소원심판의 기속력에 대해서도 동 법 제75조 제1항은 “헌법소원의 인용결정은 모든 국가기관과 지방자치단체를 기속한다”고 규정함으로써 기속력의 인적 범위를 반복하여 확인하고 있다.

54) 헌법재판소는 ‘의료법상의 비맹제외기준(2006헌마1098)’ 사건에서 간접적으로 견해를 표시한 바 있지만 명시적인 법원의 결정을 밝히지는 않았다.

55) 한수웅, 헌법학, 법문사 제6판, 1391면.

56) 헌결 2006헌마1098·1116·1117(병합); 동 사건의 개요는 다음과 같다. 청구인들은 안마, 마사지 또는 지압을 업으로 하려는 사람들로써 안마업 또는 마사지업에 종사하기 위해 안마사자격인정신청을 하였으나, 관할 시·도지사로부터 장애인복지법에 따른 시각장애인이 아니라는 이유로 이를 거부하는 처분을 받았다. 한편 헌법재판소는 2006. 5. 25. 시각장애인만 안마사자격을 취득할 수 있도록 한 ‘안마사에 관한 규칙’ 제3조 제1항 제1호와 제2호 중 각 “앞을 보지 못하는” 부분이 법률유보원칙 또는 과잉금지원칙에 위배된다는 이유로 위헌선언을 하였으나, 국회는 2006. 9. 27. 시각장애인만 안마사 자격을 취득할 수 있도록 의료법 제61조 제1항을 새로 개정함으로써 비시각장애인의 안마사 자격취득제한을 그대로 유지하였다. 그러자 청구인들은 개정 의료법이 장애인복지법에 따른 시각장애인 중 일정한 사람만이 안마사 자격인정을 받을 수 있도록 하고 시각장애인이 아닌 일반인은 안마사 자격인정을 받을 수 없도록 규정함으로써 청구인들의 직업선택의 자유 등 기본권을 침해하고 있다

건에서 시각장애인이 아닌 일반인은 안마사 자격인정을 받을 수 없도록 규정하였더라도 과잉금지원칙에 위배되지 않았다고 결정하였는데,⁵⁷⁾ 그 이유는 “...결정이유에까지 기속력을 인정한다고 하더라도, 결정주문을 뒷받침하는 결정이유에 대하여 적어도 위헌결정의 정족수인 재판관 6인 이상의 찬성이 있어야 할 것이고, 이에 미달할 경우에는 결정이유에 대하여 기속력을 인정할 여지가 없는데, ...그 결정이유에서 비맹제외기준이 과잉금지원칙에 위반한다는 점과 관련하여서는 재판관 5인만이 찬성하였을 뿐이므로⁵⁸⁾ 위 과잉금지원칙 위반의 점에 대하여 기속력이 인정될 여지가 없다”는 것이었다. 다시 말해서 헌법재판소는 결정 이유에도 인용 결정의 정족수인 헌법재판관 6인 이상의 정족수가 채워져야 기속력을 인정할 수 있다는 취지로 판시하였다.⁵⁹⁾

고 주장하면서 헌법소원심판을 청구한 사건이다.

- 57) 이 사건 법률조항은 시각장애인에게 삶의 보람을 얻게 하고 인간다운 생활을 할 권리를 실현시키려는 데에 그 목적이 있으므로 입법목적이 정당하고, 다른 직종에 비해 공간이동과 기동성을 거의 요구하지 않을 뿐더러 촉각이 발달한 시각장애인이 영위하기에 용이한 안마업의 특성 등에 비추어 시각장애인에게 안마업을 독점시킴으로써 그들의 생계를 지원하고 직업활동에 참여할 수 있는 기회를 제공하는 이 사건 법률조항의 경우 이러한 입법목적을 달성하는 데 적절한 수단임을 인정할 수 있다. 나아가 시각장애인에 대한 복지정책이 미흡한 현실에서 안마사가 시각장애인이 선택할 수 있는 거의 유일한 직업이라는 점, 안마사 직역을 비시각장애인에게 허용할 경우 시각장애인의 생계를 보장하기 위한 다른 대안이 충분하지 않다는 점, 시각장애인은 역사적으로 교육, 고용 등 일상생활에서 차별을 받아온 소수자로서 실질적인 평등을 구현하기 위해서 이들을 우대하는 조치를 취할 필요가 있는 점 등에 비추어 최소침해성원칙에 반하지 아니하고, 이 사건 법률조항으로 인해 얻게 되는 시각장애인의 생존권 등 공익과 그로 인해 잃게 되는 일반국민의 직업선택의 자유 등 사익을 비교해 보더라도, 공익과 사익 사이에 법의 불균형이 발생한다고 단정할 수도 없다.
- 58) 안마사에관한규칙 제3조 제1항 제1호 등 위헌확인(2006. 5. 25. 2003헌마715, 2006헌마368(병합) 사건에서 헌법재판소는 시각장애인에 한하여 안마사 자격인정을 받을 수 있도록 하는, 이른바 비맹제외 기준(非盲除外基準)을 설정하고 있는 안마사에관한규칙 조항이 법률유보원칙이나 과잉금지원칙에 위배되어 동 규칙조항에 대해 위헌선언을 하였지만, 위헌주문에 대한 이유에 있어서는 재판관들의 의견이 상이하였다. 즉 재판에 참여한 8명의 재판관 중에서 법률유보원칙에 위배하여 위헌이라는 의견도 5인(윤영철, 권성, 전효숙, 이공현, 조대현)이었고, 과잉금지원칙에 위배하여 위헌이라는 의견도 5인(전효숙, 이공현, 조대현, 주선희, 송인준)이었지만 전체적으로 보아 위헌 의견이 7인이었기 때문에 위헌결정이 나왔다. 결과적으로 위헌 결정의 각각의 이유인 법률유보원칙 위배에도 그리고 과잉금지원칙 위배에도 6인의 재판관이 위헌결정한 것은 아니었다.
- 59) 헌법재판소법 제47조 제1항 및 제75조 제1항에 규정된 법률의 위헌결정 및 헌법소원 인용결정의 기속력과 관련하여, 입법자인 국회에게 기속력이 미치는지 여부, 나아가 결정주문뿐 아니라 결정이유에까지 기속력을 인정할지 여부는 헌법재판소의 헌법재판권 내지 사법권의 범위와 한계, 국회의 입법권의 범위와 한계 등을 고려하여 신중하게 접근할 필요가 있다. 설령 결정이유에까지 기속력을 인정한다고 하더라도, 결정주문을 뒷받침하는 결정이유에 대하여 적어도 위헌결정의 정족수인 재판관 6인 이상의 찬성이 있어야 할 것이고(헌법 제113조 제1항 및 헌법재판소법 제23조 제2항 참조), 이에 미달할 경우에는 결정이유에 대하여 기속력을 인정할 여지가 없는데, 헌법재판소가 2006. 5. 25. ‘안마사에 관한 규칙’(2000. 6. 16. 보건복지부령 제153호로 개정된 것) 제3조 제1항 제1호와 제2호 중 각 “앞을 보지 못하는” 부분에 대하여 위헌으로 결정한 2003헌마715등 사건의 경우(헌재 2006. 5. 25. 2003헌마715등, 판례집 18-1하, 112) 그 결정이유에서 비맹제외기준이 과잉금지원칙에 위반한다는 점과 관련하여서는 재판관 5인만이 찬성하였을 뿐이므로 위 과잉금지원칙 위반의 점에 대하여 기속력이 인정될 여지가 없다; 독일 연방헌법재판소도 헌법재판소결정의 기속력은 그 결정이유에까지도

또한 법원의 권리구제절차에서 대법원의 판결은 하급심을 법적으로 구속하지는 않지만 하급심 법원이 대법원의 판례를 존중하고 있는 것과 마찬가지로 다른 국가기관은 헌법재판소 결정이유에서 판시한 내용을 자발적으로 따르고 있으며, 법률이나 판결이 헌법재판소의 대상이 되는 것을 피하기 위하여 헌법재판소의 결정이유가 핵심적 또는 부수적 이유에 해당 하는지와 관계없이 입법자와 법원은 결정이유에서 드러난 헌법재판소의 견해를 가능하면 충실하게 따르고자 하는 사실상의 기속력이 있기 때문에 기속력이 미치는 범위에 관한 논의는 현실적으로 큰 의미를 가지지 않는다고 보는 견해⁶⁰⁾도 같은 취지의 의견일 것이다.

한편 헌법재판소의 결정에 대한 기속력은 위헌 결정에 대한 것이므로 합헌 결정에 대해서는 기속력이 인정되지 않아 상기의 설명은 설득력이 없다는 주장이 있을 수 있다. 물론 기속력은 법문상 위헌 결정에 대한 것이기는 하나 헌법재판소가 합헌 결정을 한 사건에서 이전의 결정을 변경할 만한 특별한 사정이 발생하지 않았음에도 불구하고 이를 변경한 예를 잘 찾아볼 수 없다. 즉 종전의 결정을 번복할 다른 특별한 사정변경이 없음에도 불구하고 이를 번복하지 않고 합헌결정을 내리고 있는 것에서도 볼 수 있듯이 이는 합헌 결정에도 기속력이 '사실상' 인정되고 있다고 보아야 할 것이다. 또한 행정권의 재량이 가지는 내재적 한계에 대한 선언은 비록 판례를 통해 도출된 것이기는 하지만 내재적 한계 선언은 원칙(내지 원리)규범적 성격을 갖기 때문에 내재적 한계 자체에 대한 사정변경이 생길 여지도 거의 없다고 보아야 한다. 입법자도 이러한 견지에서 공정거래법 제71조 제2항에서 '공정거래법 위반 정도가 객관적으로 명백하고 중대하여 경쟁질서를 현저히 저해하는 경우'에는 공정위가 검찰총장에게 의무적으로 고발하여야 한다는 규정을 헌법재판소의 결정에 따라 도입하였던 것이다.

그러므로 위에서 살펴본 바와 같이 공정위의 주장과 같이 공정거래법 제71조 제2항 내지 제5항의 규정에도 불구하고, 제22조의 2에서 공정위의 고발 면제권을 규정하고 있기 때문에 공정위가 고발을 면제할 수 있는 것으로 해석할 것이 아니라 오히려 그 반대로 제71조 제2항 내지 제4항이 도입된 입법 연혁과 취지를 보아서 '공정거래법 위반 정도가 객관적으로 명백하고 중대하여 경쟁질서를 현저히 저해하는 경우'에는 고발을 면제할 수 없다고 보는 것이 타당할 것이다.

V. 결론

공정거래법위반죄를 친고죄로 하고 공정위만이 고발을 할 수 있도록 한 전속고발제도는

미치는 것으로 판단하고 있다.

60) 한수웅, 헌법학, 법문사 제6판, 2016, 1391면.

거래행위의 당사자가 아닌 제3자의 지위에 있는 법집행기관으로서 독립적으로 구성된 공정거래위원회로 하여금 상세한 시장분석을 통하여 위반행위의 경중을 판단하고 그때 그때의 시장경제상황의 실상에 따라 시정조치나 과징금 등의 행정조치만으로 이를 규제함이 상당할 것인지 아니면 더 나아가 형벌까지 적용하여야 할 것인지의 여부를 결정하도록 함으로써 공정거래법의 목적을 달성하고자 하는 데 그 취지가 있다고 할 것이다.

그러나 2013년과 2017년 도입된 검찰총장 외 감사원장, 중소기업청장 및 조달청장 등의 고발요청권과 이에 따른 공정위의 의무고발제가 도입됨에 따라 사실상 공정위의 전속고발권이 상당부분 실효된 것과 같은 상황에서도, 공정위의 소극적인 고발권 행사로 인하여 전속고발권 제도 자체를 폐지해야 된다는 비판을 초래한 점이 있다. 그러므로 문제의 본질은 전속고발권을 존폐의 여부가 아니라 전속고발권의 활성화에 대한 제도 개선의 문제로 보는 것이 더 타당한 것으로 사료된다.

이러한 사실은 첫째로 공정위의 고발권 행사 비율에서 나타난다. 공정위 전속고발권이 도입된 초기에는 고발권 행사가 활성화되다가 2003년부터 2012년까지 매우 소극적으로 고발권을 행사한 결과 공정위의 고발권 불행사에 대한 비판이 심해졌고 이러한 비판을 받아들여 입법 개선을 실시한 2013년 이후에는 고발권 행사를 이전보다 더욱 더 적극적으로 행사하고 있다.

둘째로, 현재 공정위 TF 최종보고서의 ‘검찰과 협업 강화 방안’에도 들어있듯이 그간 공정위가 불공정행위 조사를 거의 공소시효가 임박한 시점에 개시한 사례가 많았고, 그만큼 검찰이 이에 대해 자세하게 조사를 할 시간적 여유가 부족하여 수사에 상당한 지장을 초래하였던 것이 사실이다. 그러므로 검찰과 공정위의 기관관 협업체계를 구축하여 검찰의 적기 수사권을 보장한다면 지금보다는 훨씬 많은 고발 및 기소가 이루어질 수 있을 것이라고 사료된다.

셋째로, 2011년 이후 최근 6년간의 공정위 처분은 앞서 설명하였듯이 비교적 신뢰할 만하다는 것이다. 즉 최근 6년간 시정조치 건수 대비 소송이 제기된 시정조치 건수 즉 불복율은 15.5% 정도이나 이 중 일부승소 건을 포함하면 승소율은 거의 88%에 이른다는 점이다. 물론 향후 불복율을 더욱 줄이고 승소율을 더욱 높여야 하는 방향으로 개선해야 하겠지만, 우려하던 것과는 달리 공정위가 검찰과 달리 강제적 조사권을 가지고 있지 않은 점 등을 고려하면 지금껏 공정위의 조사 및 처분에 대해서 신뢰할 수 없을 정도는 아니라는 사실이다. 그러므로 공정위의 전속고발권을 폐지하는 것은 오히려 기소권을 독점하고 있는 검찰에게 경쟁법 분야의 기업활동에도 검찰이 자의로 개입할 수 있게 하는 바람직하지 못한 결과를 가져올 수도 있기 때문에 궁극적인 해결책이 되지 못한다. 오히려 그보다는 집단소송제나 부권소송제도가 도입되지 않은 현 상황에서는, 공정위가 지난 과오를 반성하고 기업의 심리적 강제를 위해서 행정적 제재 뿐만 아니라 고발권의 적극적 행사를 모색하는 것이 공정거래관행을 정착시키고 공정거래법의 도입 목적을 실현하는 최선의 방안이 될 것이다. 또한

만약에 전속고발권을 폐지한다고 할지라도 공정위 TF의 개선방안에서 제시된 것과 같이 경쟁정책에 관한 고도의 고려가 필요치 않은 공정거래법 외 5개 법률에서의 전속고발권을 우선적으로 폐지하되, 공정거래법상 전속고발권은 현행대로 유지시키는 것이 더욱 바람직할 것이다.

한편 공정위의 전속고발권과 관련하여 공정거래법 제22조의2에서 규정하고 있는 공정위의 자진신고자 등에 대한 고발면제와 달리 제71조의 제2항 내지 제4항에서는 공정위의 고발의무를 규정하고 있어서 해석상 문제가 되고 있다. 공정위는 공정거래법 제22조의2의 규정은 제71조의 특별법적 규정이므로 고발면제권을 행사할 수 있다고 주장하지만, 비교법상 고찰과 공정거래법상 동 제도의 도입 취지 및 연혁에 근거하여, 그리고 헌법재판소의 결정 이유에 대한 기속력에 근거하여 보면 ‘공정거래법 위반 정도가 객관적으로 명백하고 중대하여 경쟁질서를 현저히 저해하는 경우’에는 공정위가 고발을 면제할 수 없다고 해석하여야 할 것이다.

참고문헌

- 권오승, 경제법, 법문사 제9판, 2012.
- 강명수, 공정거래위원회의 전속고발권, 형사법의 신동향 통권 제41호, 2013. 12.
- 김남근, 전속고발권의 폐지와 검찰과 공정행정 협력체계의 필요성, 공정거래위원회 전속고발권 관련 공청회자료, 2017.2.20.
- 박광민·이성대, 공정거래법상 전속고발권의 존폐론 검토, 한국비교형사법연구 15(2), 2013.
- 선종수, 공정거래위원회의 전속고발권과 검사의 공소제기, 형사법의 신동향 통권 제36호, 2012.9.
- 손수지·손윤희, 공정위의 고발권과 의무고발요청제도, 인문사회 21 제6권 제4호, 2015.
- 손수진, 공정거래법상 전속고발제도에 관한 연구, 법과 정책연구 제11집 제1호, 한국정책학회, 2011. 3.
- 위평량, 전속고발권제도일부폐지 및 3배 손배소제도 확대, 경제개혁리포트 2011-00호, 경제개혁연구소, 2012. 6.
- 이상현, “공정거래법상 전속고발권에 대한 고소불가분의 원칙 적용 가능성, 법조 제59권 제11호, 법조 협회, 2010.
- 이석환, 공정거래법상의 전속고발제도와 고발요청권 관련 쟁점, 법조 2014·7(Vol.694).
- 정연주, 공정거래위원회 전속고발권의 헌법적 문제, 서울법학 제25권 제3호, 2017.11.30.
- 조재광·박성민, 공정거래위원회 전속고발권의 사실상 폐지인가 - 고발요청권자 확대에 따른 전속고발제도에 대한 재조명, KHU 글로벌기업법무 리뷰 제8권 제2호, 2015.
- 한수웅, 헌법학, 법문사 제6판, 2016.
- 홍명수, 건설산업에서 입찰담합규제의 개선에 관한 고찰, 법학논총 35(1) 2015.
- 공정거래위원회, 공정거래백서, 2017년.
- 공정거래위원회, 법집행체계개선 TF 중간결과보고서, 2017. 11. 10.
- 공정거래위원회, 공정거래 법집행체계개선 TF 최종결과보고서, 2018. 2. 22.
- OECD와 World Bank의 2017년 공동연구 자료.

투고일자 : 2018. 05. 25

수정일자 : 2018. 06. 26

게재일자 : 2018. 06. 30

<국문초록>

공정거래법상 전속고발권 및 고발면제권에 관한 고찰

김 세 환

공정거래위원회(이하 ‘공정위’라 한다)의 전속고발권이란 경쟁법 분야에서 불공정한 거래 관행을 일소하여 공정한 거래질서를 확립하기 위하여 고발권을 공정위가 독점하도록 하는 것을 말하는데, 이는 공정위의 고발권을 형사소추요건의 하나(친고죄)로 한다는 것을 의미한다.

본고에서 논의하고자 하는 바는, 현재 공정위 자체에서나 공정위 외부에서 많이 거론되고 있는 전속고발권 문제 및 공정거래법 제71조의 고발요청에 따른 고발의무 규정과 제22조의 2의 자진신고자 등에 대한 고발면제 규정이 서로 충돌하고 있어서 이를 어떻게 해석할지에 관한 것이다.

사실 공정위의 전속고발권에 관한 문제는 어제 오늘의 문제가 아니라 아주 오래전부터 논의되어 온 문제이며, 이는 공정위가 소극적으로 고발권을 행사하지 않아 초래된 측면이 많다고 볼 수 있다. 그러나 2013년과 2017년에 도입된 검찰총장 외 감사원장, 중소기업청장 및 조달청장 등의 고발요청권과 이에 따른 공정위의 의무고발제로 인하여, 이제 전속고발권의 문제는 제도자체의 존폐 문제가 아니라 고발권을 행사하는 주체의 운영의 문제로 보아야 할 것이다.

또한 공정거래법 제22조의2에서 규정하고 있는 공정위의 자진신고자 등에 대한 고발면제와 달리 제71조의 제2항 내지 제4항에서는 공정위의 고발의무를 규정하고 있어서 해석상 문제되지만, 비교법상 고찰과 공정거래법상 동 제도의 도입 취지 및 연혁에 근거하여, 그리고 헌법재판소의 결정 이유에 대한 기속력에 근거하여 ‘공정거래법 위반 정도가 객관적으로 명백하고 중대하여 경쟁질서를 현저히 저해하는 경우’에는 공정위가 고발을 면제할 수 없다고 해석하여야 할 것이다.

주제어: 공정거래위원회, 전속고발권, 고발면제, 고발요청권, 의무고발제, 기속력

